

A-G HvJ: btw-aftrekbeperking bij voorbereiding verkoop deelneming

Op 6 september 2018 heeft advocaat-generaal Kokott (hierna: A-G Kokott of A-G) van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) conclusie genomen in de zaak C&D Foods (C-502/17). Daarin gaat het om de aftrek van btw op professionele kosten bij een voorgenomen, maar uiteindelijk niet gerealiseerde verkoop van aandelen. A-G Kokott concludeert dat de professionele diensten verband houden met een van btw vrijgestelde aandelenverkoop, waardoor in beginsel een btw-aftrekbeperking op dergelijke kosten ontstaat. Het uiteindelijke arrest van het HvJ in deze zaak zal moeten uitwijzen of de Nederlandse praktijk, waarin btw op begeleidingskosten in de regel in aftrek wordt gebracht, kan blijven voortbestaan.

Korte schets feiten en conclusie A-G Kokott

De Deense vennootschap C&D Foods maakt onderdeel uit van een internationaal concern. Zij houdt indirect alle aandelen in Arovit Petfood en verricht managementdiensten aan deze vennootschap, die overeenkomen met haar loonkosten en een 10% mark-up. Nadat het internationale concern in economisch zwaar weer terechtkomt, besluit men te onderzoeken in hoeverre een herstructurering van de groep soelaas biedt. Voor de verkoop van aandelen in Arovit Petfood besluit C&D Foods een advocatenkantoor in te schakelen, dat een ontwerpovereenkomst opstelt met een niet bij naam genoemde koper. Uiteindelijk ziet C&D Foods van de verkoop af, omdat geen geschikte koper kan worden gevonden.

A-G Kokott stelt allereerst vast dat C&D Foods een voor de btw belaste handeling verricht door zich tegen vergoeding te mengen in het beheer van haar kleindochter Arovit Petfood. Onder die omstandigheden is zij van mening dat de voorgenomen verkoop van een aandelenvennootschap binnen de werkingssfeer van de btw valt. Een aandelenvervreemding is in beginsel van btw vrijgesteld. Opmerkelijk is dat A-G Kokott ook de loutere voorbereiding van een aandelenverkoop als een van btw vrijgestelde prestatie aanmerkt. Met deze benadering van de A-G resteert slechts nog de vraag op welke wijze de btw-aftrek op de voorbereidingskosten dient plaats te vinden. Daarbij zijn er twee mogelijkheden:

1. *Rechtstreekse en onmiddellijke toerekening aan de aandelenverkoop*
A-G Kokott meent dat de advocaatkosten die C&D Foods maakt rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de voorgenomen btw-vrijgestelde aandelenverkoop. Het is aan de Deense verwijzende rechter om dit verband nader te onderzoeken.
2. *Toerekening aan de gehele bedrijfsactiviteit van C&D Foods (algemene kosten)*
Slechts als het rechtstreekse en onmiddellijke verband hierboven niet kan worden vastgesteld, moet worden onderzocht of de advocaatkosten samenhangen met de algehele economische activiteit van de onderneming. In dat laatste geval zou sprake zijn van een (gedeeltelijk) recht op aftrek conform het normale btw-aftrekrecht van de onderneming.

Vraagpunten conclusie A-G Kokott

De benadering van A-G Kokott roept naar onze mening de volgende probleem- en vraagpunten op:

1. Wij vragen ons af of bij een voorgenomen maar niet gerealiseerde verkoop van een deelneming, een van btw vrijgestelde handeling kan worden geïdentificeerd. Binnen een concern is het inherent aan de normale bedrijvigheid van een moeiende en sturende holding om van tijd tot tijd te onderzoeken of deelnemingen moeten worden aangekocht of verkocht, en of er een fusie, splitsing dan wel anderszins een herstructurering dient plaats te vinden. Dit is onder meer afhankelijk van de financiële situatie van het concern of een onderdeel daarvan, de vooruitzichten van bepaalde divisies of vanwege een door het concern gekozen marktstrategie. Anders dan de A-G zien wij in de loutere voorbereiding op een aandelenverkoop geen afzonderlijk te onderkennen btw-vrijgestelde prestatie, maar een meer direct verband met de normale en totale bedrijvigheid van de moeiende holding. In die zin ligt een aftrek conform het normale btw-aftrekrecht van een dergelijke holding meer in de rede.
2. Gelet op de grote gevolgen voor het btw-aftrekrecht zou wat ons betreft een scherpere afbakening van de btw-vrijgestelde handeling ten opzichte van de reguliere economische activiteiten gewenst zijn. De sprong naar een btw-vrijgestelde handeling is naar onze mening te groot en doet ook geen recht aan een aantal onzekerheden die spelen bij dergelijke voorbereidingen op aandelenverkoop. Zo lijkt de benadering van de A-G geen rekening te houden met een (potentiële) aandelenverkoop aan een koper die buiten de Europese Unie is gevestigd. In een dergelijk geval bestaat wel volledig recht op btw-aftrek.

Nederlandse praktijk: wat kunt u nu doen?

Als C&D Foods de partij zou zijn die de deelneming verkoopt, zou in de huidige Nederlandse praktijk in de regel recht op btw-aftrek bestaan op de begeleidingskosten conform het normale btw-aftrekrecht op algemene kosten (zoals uitgewerkt in een besluit van de staatssecretaris van Financiën). Dezelfde btw-gevolgen gelden naar onze mening eveneens bij een voorgenomen maar niet-gerealiseerde aandelenvervreemding. Houdt uw onderneming zich bezig met het verkopen van deelnemingen en worden kosten gemaakt in verband met de voorbereiding daarvan, dan is het gezien deze conclusie raadzaam de btw-positie te laten bezien. Onze btw-specialisten van de Indirect Tax Group zijn u daarbij graag van dienst. Deze conclusie is in het bijzonder van belang voor M&A-praktijken, al dan niet binnen concerns, private-equityondernemingen, maar ook voor operationele ondernemingen die deelnemingen houden.

Indien het HvJ deze conclusie overneemt, zou dit mogelijk ook impact kunnen hebben op het btw-aftrekrecht bij voorgenomen (van btw vrijgestelde of met btw belaste) prestaties in andere sectoren, zoals de zorgsector, het onderwijs en vastgoed.

Meijburg & Co
september 2018

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.